

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Is een prenatale aantekening in
het gezagsregister van
gezamenlijk gezag van
ongehuwde en
ongeregistreerde ouders
mogelijk?***

A.J.M. Nuytinck

*Published in
WPNR, 2008, p. 189-191.*

Privaatrecht Actueel

Is een prenatale aantekening in het gezagsregister van gezamenlijk gezag van ongehuwde en ongeregistreerde ouders mogelijk?

*Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder
personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen
(nuytinck@kabelfoon.nl)*

1. Inleiding en probleemstelling

Op 6 februari 2008 heeft het Tweede Kamerlid Pechtold (D66) ter gelegenheid van de plenaire behandeling van wetsvoorstel 29 353¹ niet alleen het gewijzigd amendement-Van der Laan met betrekking tot wijziging van het naamrecht,² maar ook het gewijzigd amendement-Van der Laan met betrekking tot introductie van een nieuw art. 1:253sb BW³ ingetrokken. Laatstgenoemd artikel bepaalde het volgende.

1. Indien het gezag over het kind waarvan een vrouw zwanger is naar alle waarschijnlijkheid bij die vrouw alleen zal komen te berusten, kan de rechtbank op gezamenlijk verzoek van die vrouw en een ander die anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner haar levensgezel is, hen gezamenlijk met het gezag over het kind belasten.
2. Dit gezamenlijk gezag begint op het tijdstip waarop het kind geboren wordt dan wel, indien de beslissing die de benoeming inhoudt eerst nadien gevolg krijgt, op de dag waarop die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, of, indien zij uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, daags nadat de beschikking is verstrekt of verzonden. Het gezamenlijk gezag treedt niet in, indien het kind op een tijdstip als in de vorige volzin bedoeld, tevens tot een ander dan de moeder in familierechtelijke betrekking staat.
3. De bepalingen met betrekking tot het gezamenlijk gezag van ouders zijn van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van de artikelen 251, tweede, derde en vierde lid, en 251a.

De in het amendement voorgestelde regeling is in het bijzonder van belang voor lesbische paren, maar zij is niet daartoe beperkt. Zij kan immers ook van belang zijn voor heteroseksuele paren, omdat in art. 1:253sb lid 1 BW wordt gesproken over 'die vrouw en een ander die anders dan als echtgenoot of geregistreerde partner haar levensgezel is'. Er staat dus niet 'levensgezellin' of 'levensgezel van gelijk geslacht', zoals bijvoorbeeld wél het geval is in art. 1:228 lid 1, onder f, slot, BW. De reden waarom het amendement is ingetrokken, is gelegen in het feit dat de regering eerst een standpunt moet innemen over het rapport van de commissie-Kalsbeek⁴ en dit

¹ Wetsvoorstel 29 353 tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag.

² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 18.

³ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 353, nr. 15.

⁴ Zie hierover uitvoerig A.J.M. Nuytinck, 'Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)', *WPNR* 2008-6738, p. 44-48.

standpunt vervolgens moet vertalen in een nieuw wetsvoorstel – uiteraard onder intrekking van wetsvoorstel 30 551⁵ – waarin niet alleen de afstammingsrechtelijke, maar ook de gezagsrechtelijke aspecten van het lesbische ouderschap kunnen worden geregeld.

Nu art. 1:253sb BW voorlopig van de baan is, moeten wij ons wél de vraag stellen of het mogelijk is dat ongehuwde en ongeregistreerde ouders – d.w.z. juridische ouders, in het bijzonder heteroseksuele en lesbische ouders – hun gezamenlijk gezag reeds prenataal door de griffier van de rechtbank in het gezagsregister laten aantekenen (art. 1:244 jo. art. 1:252 BW). Gelet op het systeem van Boek 1 BW moet deze vraag ongetwijfeld bevestigend worden beantwoord. Zoals een man een kind prenataal kan erkennen (art. 1:203 jo. art. 1:2 BW), zo moet ook een prenatale aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister mogelijk zijn (art. 1:244 en 252 jo. art. 1:2 BW). Een dergelijke prenatale aantekening is immers in het belang van het kind (vergelijk de woorden ‘zo dikwijls zijn belang dit vordert’ in art. 1:2 BW), want het is ermee gebaat dat onmiddellijk vanaf de geboorte in het gezag over hem is voorzien, zodat de beide ouders meteen als wettelijke vertegenwoordigers van het kind en als bewindvoerders over het vermogen van het kind kunnen optreden en ook als verzorgers en opvoeders (in juridische zin, dus niet slechts in feitelijke zin) van het kind kunnen worden beschouwd. Bovendien hebben rechtbanken het al druk genoeg en verdient een gang naar de griffie van de rechtbank de voorkeur boven de voorziening van rechterlijke tussenkomst in het thans ingetrokken art. 1:253sb BW.

2. Besluit gezagsregisters

Alleen werkt de uitvoeringsregeling als voorzien in het Besluit gezagsregisters⁶ in dit verband niet erg mee. Dit besluit gaat er namelijk van uit dat het kind reeds is geboren op het tijdstip waarop de aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister plaatsvindt. Ik wijs o.a. op art. 1 lid 1 van het besluit, op grond waarvan de griffier in het ingevolge art. 1:244 BW bij elke rechtbank berustende openbaar register rechtsfeiten aantekent, die betrekking hebben op de gezagsuitoefening over *de in het arrondissement geboren minderjarigen*, waaronder – zie art. 2 lid 1, aanhef en onder b, van het besluit – de aantekening van gezamenlijk gezag, bedoeld in art. 1:252 BW. Het gezagsregister bestaat uit kaarten volgens een bij het besluit behorend model, terwijl elke kaart van het register slechts de gegevens bevat met betrekking tot *de minderjarige wiens naam en voornamen aan het hoofd daarvan staan vermeld* (art. 4 en 5 lid 1 van het besluit). Het kaartregister wordt in *alfabetische volgorde* aangehouden (art. 7, eerste volzin, van het besluit). Uit de bij het besluit behorende bijlage waarin het model is opgenomen, blijkt ten slotte dat aan het hoofd van de desbetreffende kaart *de naam en voornamen, alsmede de datum en plaats van geboorte van de minderjarige* moeten worden vermeld en bovendien de naam, voornamen en woonplaats van de vader en de moeder. De door mij gecursiveerde passages wijzen erop dat het besluit er zonder meer van uitgaat dat het om een reeds geboren kind moet gaan. Toch is dit, gelet op het systeem van Boek 1 BW, in het bijzonder art. 1:2 BW, onjuist. Een prenatale aantekening van gezamenlijk gezag moet mogelijk zijn, voor mijn part onder de letter ‘n’ van ‘nasciturus’ of ‘nomen nescio’. In het besluit zou kunnen

⁵ Wetsvoorstel 30 551 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen; zie *Kamerstukken I* 2006/07, 30 551, A.

⁶ KB van 26 november 1969, *Stb.* 1969, 526, laatstelijk gewijzigd bij KB van 7 mei 2004, *Stb.* 2004, 217 (Besluit gezagsregisters).

worden geregeld dat de griffier een verklaring van een arts wordt overgelegd dat de desbetreffende vrouw zwanger is. Doktersverklaringen komen wel vaker voor in het personen- en familierecht (art. 1:19e lid 8, 28a en 31 lid 2 BW). Zodra het kind is geboren, kunnen de ontbrekende gegevens alsnog ter griffie van de rechtbank worden aangeboden ter verwerking in het gezagsregister.

Het besluit moet trouwens toch al worden gewijzigd,⁷ omdat de aan het hoofd van de kaart voorkomende woorden 'de vader' en 'de moeder' onjuist, althans onvolledig, zijn. Zij moeten immers worden aangevuld met de woorden 'dan wel de beide vaders of de beide moeders', omdat een kind behalve een juridische vader en een juridische moeder ook twee juridische vaders of twee juridische moeders kan hebben. Als bijvoorbeeld twee mannen een kind hebben geadopteerd, moet hiervan in het gezagsregister aantekening worden gehouden. Art. 2 lid 1, aanhef en onder h, van het besluit bepaalt immers dat in het register aantekening wordt gehouden van in kracht van gewijsde gegane uitspraken die een adoptie inhouden. Dan zullen toch echt aan het hoofd van de kaart van het desbetreffende minderjarige kind de naam, voornamen en woonplaats van de beide vaders moeten worden vermeld.

Als de voorstellen van de commissie-Kalsbeek door de regering worden overgenomen en de meemoeder naar komend recht van rechtswege juridisch moeder van het kind wordt in geval van een huwelijk met de moeder, is er gezagsrechtelijk geen enkel probleem. In dat geval oefenen de moeder en de meemoeder immers van rechtswege gezamenlijk het gezag over het kind uit op grond van art. 1:251 lid 1 BW (naar huidig recht is dat ook het geval, maar dan op grond van art. 1:253sa BW betreffende het gezamenlijk gezag van rechtswege van een ouder en een niet-ouder, te weten de moeder en de meemoeder die met elkaar zijn gehuwd of geregistreerd). Een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister is in dat geval dus niet nodig. Er is echter gezagsrechtelijk wél een probleem, als de moeder en de meemoeder niet met elkaar zijn gehuwd, maar met elkaar samenwonen. Voor die situatie kan men naar komend recht denken aan de mogelijkheid van erkenning van het kind door de meemoeder. In beginsel heeft de moeder in dat geval eenhoofdig gezag over het kind op grond van art. 1:253b BW. Naar mijn mening moet het dan niet alleen mogelijk zijn dat de meemoeder reeds tijdens de zwangerschap van de moeder het ongebooren kind – prenataal dus – erkent, maar ook dat na deze erkenning een prenatale aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister plaatsvindt.

Zouden de moeder en de meemoeder naar komend recht eerst een geregistreerd partnerschap met elkaar aangaan en zou de meemoeder het kind vervolgens niet erkennen, dan zouden de beide vrouwen toch gezamenlijk gezag over het kind hebben, mits het kind staande hun geregistreerd partnerschap is geboren (art. 1:253sa BW). Zouden de moeder en de meemoeder naar komend recht eerst een geregistreerd partnerschap met elkaar aangaan en zou de meemoeder het kind vervolgens wél erkennen, dan zouden de beide vrouwen gezamenlijk gezag over het kind hebben op grond van de nieuwe tekst van art. 1:253aa BW, die inhoudt dat de ouders gedurende hun geregistreerd partnerschap het gezag gezamenlijk uitoefenen⁸ (naar huidig recht geldt art. 1:253aa BW alleen voor heteroseksuele paren). Dit laatste geldt ook als het kind naar komend recht eerst wordt erkend door de meemoeder en pas daarna het geregistreerd partnerschap van de moeder en de meemoeder wordt aangegaan, omdat de nieuwe tekst van art. 1:253aa BW niet

⁷ Eigenlijk had dit al moeten gebeuren met ingang van 1 april 2001, toen de Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 10, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht) in werking trad.

⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 353, nr. 21.

langer verlangt dat het kind staande het geregistreerd partnerschap van de ouders wordt geboren (in de nieuwe tekst van art. 1:253sa BW blijft de term ‘staande’ overigens wél gehandhaafd⁹). In geval van een geregistreerd partnerschap van de ouders is een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister niet mogelijk op grond van de nieuwe tekst van art. 1:252 BW, die het geregistreerd partnerschap uitdrukkelijk uitsluit.¹⁰

3. Conclusie

Mijn conclusie is dat de in de titel van deze bijdrage gestelde vraag bevestigend moet worden beantwoord, gelet op het systeem van Boek 1 BW, in het bijzonder art. 1:2 BW, zij het dat hiervoor wél is vereist dat het Besluit gezagsregisters wordt gewijzigd, waarvoor ik dan ook bij deze pleit.

⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 353, nr. 1-2.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 353, nr. 8.